

A IGUALDADE ENTRE AS FILIAÇÕES BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA¹

Anna Lúcia Wanderley Pontes

*Aluna da Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) – turma IV
Analista Judiciária de Entrância Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2 – A Evolução da família e da filiação socioafetiva. 2.1 – O Afeto como valor jurídico. 2.2 – Verdade biológica: verdade real de filiação. 3 – Espécies de filiação socioafetiva. 3.1 – Filiação afetiva na adoção. 3.2 – Filiação sociológica do filho de criação. 3.3 – Filiação eudemonista. 3.4 – Filiação socioafetiva na adoção à brasileira. 3.5 – Filiação derivada de inseminação artificial heteróloga. 4 – Conceito de estado de filho afetivo. 4.1 – Elementos que caracterizam o estado de filho afetivo. 4.2 – O Direito do filho afetivo de investigar a maternidade e a paternidade biológica. 5 – Conclusão. 6 – Referências bibliográficas.

¹ Este artigo científico, elaborado em janeiro de 2009, sob a orientação da Professora Roberta Lia Sampaio de Araújo, Especialista em Direito Público (UFC), Mestre em Direito Constitucional (UFC), Professora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Professora da Escola Superior da Magistratura de Estado do Ceará – ESMEC e Coordenadora da OSCIP D3 – Direito, Democracia e Desenvolvimento, será apresentado como requisito para a obtenção do grau de especialista, na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

RESUMO: A relevância da pesquisa sobre o tema “Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva” é expressa pela densidade da inovação constitucional que foi a abolição de qualquer forma de discriminação entre as filiações, subtraindo qualquer valoração atribuível ao fator sanguíneo e dando um tratamento análogo a todas as filiações, independentemente da origem. Faz-se necessário frisar ainda os laços afetivos havidos entre pessoas em que não existe o vínculo biológico de parentesco, mas que a parentalidade é presente e realçada diariamente pelo amor, dedicação e respeito mútuo havido entre pais e filhos não biológicos, aclarando que hoje já não se pode identificar um filho apenas pelo fator “sangue”.

PALAVRAS-CHAVE: Afetividade. Dignidade da Pessoa Humana. Melhor Interesse da Criança.

1. Introdução

A Constituição de 1988 reconheceu a igualdade da filiação quando não fez nenhuma discriminação entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, da união estável ou da comunidade formada por pai e/ou mãe e o filho. Assim sendo, os filhos têm direito constitucional à maternidade ou paternidade biológica e/ou socioafetiva, sendo vedada qualquer discriminação entre eles quanto a direitos e qualificações.

A evolução social foi seguida pela notória evolução

científica que em matéria de pesquisa genética da paternidade ou maternidade possibilita a quase certeza da sua identificação.

A redefinição dos valores sociais, principalmente as transformações pelas quais passou a família, consolidou efetivamente os laços de afetividade e companheirismo, valorando-se fundamentalmente o respeito à identidade pessoal e à individualidade, firmando-se menor relevância à maternidade ou paternidade biológica.

A problematização do tema reside no fato de que embora o exame genético (DNA) seja usado para a constatação da paternidade, deve-se considerar que acima deste reconhecimento está o vínculo afetivo que caracteriza a natureza da paternidade social (como se definirá), igualando-a à biológica. Considera também nesse contexto, se o critério biológico poderá ser superado por outro que confira maior legitimidade à paternidade socioafetiva, bem como a que princípios se filiam as decisões judiciais que prestigiam a paternidade socioafetiva.

Este trabalho busca exame da doutrina e da jurisprudência na investigação de elementos da discussão se a filiação socioafetiva deve ser relevada nas situações em que se tem no outro polo uma prova inequívoca a tentar desconstituí-la, no caso, o DNA.

Constitui objetivo geral deste trabalho analisar a relativização do critério de natureza biológica em contraponto ao da filiação socioafetiva no que tange à determinação da paternidade, enfocando a inserção da importância que se tem dado ao princípio da dignidade da pessoa humana na

busca da decisão justa, da consideração do real valor jurídico do afeto, pois há inúmeras jurisprudências que reconhecem o afeto como elemento relevante na relações familiares de qualquer natureza.

O artigo pesquisa o quanto também é “verdade real” o fenômeno da filiação afetiva conquanto a evidência genética não menos o seja, deve-se, contudo, despir-se de (pre)conceitos históricos para um bom caminhar na questão.

2. A evolução da família e da filiação socioafetiva

Não obstante o processo evolutivo pelo qual passou a família ao longo dos tempos, nossas leis insistiam em caracterizar a família de duas formas: a legítima e a ilegítima, sendo que “legítima” era aquela consubstanciada no casamento, sendo o mais considerado como família ilegítima.

Desse modo, os filhos oriundos de uma família estabelecida sob o véu do matrimônio eram ditos legítimos e a eles a lei era irretorquível. Já os filhos advindos de uniões estáveis ou mesmo de relacionamentos extramatrimoniais eram vistos com olhos de preconceito, uma vez que a sociedade não aceitava este tipo de comportamento e tais filhos eram tidos como ilegítimos, pesando sobre eles o manto do abandono legal. Aliás, o próprio sistema jurídico validava a distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, elevando sobremaneira os primeiros porque, para a lei, a família era um grupo baseado em laços sanguíneos estabelecidos por meio do matrimônio.

A consagração do princípio da igualdade de filiação,

estabelecido a partir da Constituição Federal de 1988, foi um marco na evolução da nossa legislação, que há muito deveria ter acompanhado o progresso por que passou a sociedade. Assim, o referido princípio da igualdade em muito contribuiu para o rompimento do caráter patriarcal exaltado pelo homem no exercício do papel de chefe da família conjugal. Dessa maneira, a fisionomia da família mudou, vez que hoje desempenha como papel principal o de fornecer suporte emocional ao indivíduo, intensificando-se os laços afetivos.

Ademais, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, o homem deixou de ser o provedor financeiro da família, havendo necessidade da cooperação do mesmo em outras atividades domésticas que antes eram “obrigação da mulher”. Consoante ensinamento de Maria Berenice Dias, “a família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da sociedade patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas”².

Portanto, identifica-se a família sem necessariamente ter-se presente o vínculo do casamento. Desta forma, as pessoas já não necessitam ficar em relacionamentos de fachada ou mesmo desenvolvendo outros relacionamentos de modo simultâneo, em face da remodelação por que sofreu a família.

A Constituição de 1988 deu nova vestimenta às famílias quando consagrou em seu art. 226 que a família,

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 39.

base da sociedade, tem especial proteção do Estado. E mais, ao elastecer o conceito de família, ressaltou o vínculo familiar entre um dos genitores e os filhos, quando enuncia no art. 226, § 4º que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

A Carta Constitucional de 1988 legitimou a evolução familiar que há muito já se vivenciava, assim é que o núcleo familiar passou a ser constituído tanto pelo casamento, como pela união estável (art. 226, § 3º) e também pela comunidade formada por quaisquer dos pais e descendentes (art. 226, § 4º), passando a ser um grupo fundado na proteção, constituindo-se um verdadeiro lar no qual se destaca a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, enfim, onde o vínculo que os liga é embasado no afeto e no amor.

A evolução estrutural da família, em oposição ao modelo tradicional, posicionou-a um passo à frente, estimulada por fatores sociais que rompeu com o modelo “perfeitinho”, já que não mais se podia negar a existência da coabitação fora do casamento, das relações extramatrimoniais, assim como das famílias sem filhos, descortinando-se a realidade e abrindo espaço para realidades, como uniões homoafetivas, existência das famílias monoparentais etc.

Portanto, não é demais lembrar que o conceito de família precisou ser reinventado e a Constituição Federal de 1988 foi um marco no sentido de quebrar paradigmas, romper barreiras e isto se diz em virtude da proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação,

que agora já passa a ser entendida não somente no plano biológico, ganhando corpo no que se refere à filiação socioafetiva, esta constituída na ideologia do afeto, do carinho, da convivência, independentemente da origem da filiação.

Rompeu-se então com a supremacia da filiação biológica, dando-se um caráter mais social à filiação e, dessa forma, a filiação, que antes tinha sua importância ligada ao matrimônio, aos filhos havidos do casamento, passou a despir-se do véu da hipocrisia, cedendo espaço a uma verdade que não se pode olvidar; os filhos sempre serão filhos, independentemente de terem sido gerados de uniões não fundadas no matrimônio, da adoção, da inseminação artificial, enfim, desapareceu a importância da origem dos filhos, fixando-se a atenção para outros aspectos relevantes, fundados na afetividade.

O papel da origem biológica relativizou-se com o advento da Constituição de 1988, e não era para menos pois, em virtude das profundas transformações por que passou o direito de família, enfatizaram-se os direitos atinentes à personalidade.

A Carta Magna não fez qualquer discriminação atinente à filiação, assim, não se pode albergar a corrente biologistica que incide pelos tribunais brasileiros, desta feita, por que não se pode confundir estado de filiação com origem biológica. Na verdade, com o avanço científico, surgiu um fascínio muito grande em face do exame de DNA, como se um mero resultado hematológico pudesse desconstituir uma verdade socioafetiva construída ao longo dos tempos.

Desse modo, é que se pode dizer que o liame decorrente da filiação não é somente o biológico, mas o socioafetivo, o qual vem atender sobremaneira ao princípio do melhor interesse da criança, enunciado na Declaração dos Direitos da Criança, e de princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, presentes também na Declaração dos Direitos Humanos e na Constituição de 1988.

Nessa ótica é que a igualdade jurídica atribuída a todas as espécies de filiação trouxe um tratamento uniforme da família, rompendo-se com o modelo patriarcal ou hierarquizado, chamando à realidade a efetiva relação paterno-filial, no sentido que ela não se basta na verdade genética, mas a transcende, no momento em que se valoriza a paternidade construída e não somente aquela paternidade em que o modelo de pai é apenas daquele que emprestou material genético para geração de uma criança, sendo-lhe atribuída a paternidade.

Há no novo plano jurídico uma vontade de redimensionar a paternidade, como afirma Luiz Edson Fachin, “[...] muito antes de ser reconhecida a paternidade genética, vai esboçar-se a paternidade psicológica”. Assim é que os papéis na família moderna são a cada dia modificados, verificando-se que “a divisão dos papéis na família e mesmo o princípio da autoridade são afetados pela progressiva eliminação da hierarquia e pela liberdade de escolha”³.

³ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 24.

No Brasil há dois “divisores de águas” na solução de eventuais conflitos havidos entre a filiação biológica e a não biológica; “a Constituição de 1988 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral da ONU, em 20.11.1989, e com força de lei no Brasil”⁴.

Dessa forma, a Constituição realça a igualdade entre as filiações, repelindo qualquer discriminação, quando diz que “todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem” (art. 227, § 6º C.F.) e mais; “o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente” (art. 227, caput, C.F.).

No mesmo raciocínio emerge o direito à personalidade e à origem genética.

Sobressai-se da Convenção dos Direitos da Criança o dever da observação ao princípio do melhor interesse do filho.

Consoante Belmiro Pedro Welter, a Carta Constitucional de 1988 sublevou o direito de família, procedendo-se “a uma verdadeira desbiologização da paternidade, pois se equipararam os filhos de sangue aos filhos adotivos, vedando-se qualquer discriminação entre eles quanto a direitos e qualificações”⁵.

Já o artigo 1596 do Código Civil prevê a filiação não biológica, advinda da adoção regular ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente filho.

Também o artigo 1597, “V”, do Código Civil prevê a

⁴ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 135.

⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 69.

filiação não biológica, advinda do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga, que consiste em uma técnica de reprodução humana onde os espermatozóides ou óvulos, utilizados na fecundação, provém de um doador estranho ao casal.

Nos dois exemplos acima citados, os estados de filiação são irreversíveis, ou seja, não podem ser contraditados através de ação negatória de paternidade ou maternidade, porém o filho poderá investigar a paternidade ou maternidade para fins de ver garantido seus direitos de personalidade, de pesquisar sua origem.

Destarte, é que a família moderna edificou-se em local propício à comunhão do afeto e realização da dignidade da pessoa humana, funcionando como campo de atuação de princípios constitucionais, como da liberdade, igualdade, solidariedade, integridade física e psíquica e direito à personalidade.

Diante dessa nova realidade é que se consubstancia o raciocínio de que o afeto é o alicerce da relação familiar e que a lei não deve “fechar os olhos” ante a evolução natural por que passam as estruturas familiares. É necessário, sim, o reconhecimento de outras uniões, assim como aconteceu com a união estável, que também seja reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo, pois estas muitas vezes se encravam em relacionamentos duradouros, edificados sob o manto do respeito mútuo, produzindo patrimônio por esforço comum e laços que não podem nem devem ser ignorados pelo nosso direito.

Desse modo, os filhos oriundos de uma família

estabelecida sob o véu do matrimônio eram ditos legítimos e a eles a lei era irretorquível. Já os filhos advindos de uniões estáveis ou mesmo de relacionamentos extramatrimoniais eram vistos com olhos de preconceito. Aliás, o próprio sistema jurídico validava a distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, elevando sobremaneira os primeiros porque, para a lei, a família era um grupo baseado em laços sangüíneos estabelecidos por meio do matrimônio.

2.1 O Afeto como valor jurídico

O afeto é uma manifestação de carinho ou cuidado que se tem por alguém que se ama. No âmbito da psicologia, o afeto toma forma de apego, caracterizando-se pelo vínculo desenvolvido pelo indivíduo em relação a outro, tornando-os próximos. A afetividade é algo inerente ao ser humano, tornando-o capaz de exteriorizar suas emoções vividas em sociedade.

Já é possível identificar o afeto como princípio. Maria Berenice Dias enuncia que “o Estado impõe-se de direitos e obrigações para com seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir dignidade a todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar o afeto”⁶.

A filiação social, muitas vezes vencida pela filiação biológica, passa a ter reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência, as quais já não balizam o exame de

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 59.

pareamento genético como única forma de se identificar a filiação, cedendo espaço para a valorização dos laços de afeto construídos. Nessa linha de raciocínio analisa Rodrigo da Cunha Pereira: “a idéia não é excluir o laço biológico, mas incluir a paternidade socioafetiva”⁷, pois a filiação socioafetiva é fruto de uma relação de afeto construída diariamente.

O que identifica uma família é o afeto. Não qualquer afeto, mas aquele que se presencia nos lares, fruto do convívio diário entre duas ou mais pessoas ligadas pela procedência comum, como diz Sérgio Resende de Barros: “é o afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas”⁸.

Destarte, para a existência de uma família não é necessário que haja marido e mulher, pai e mãe, uma vez que há famílias constituídas somente de homens, somente de mulheres, de irmãos, enfim, há uma entidade familiar quando presente a qualidade que lhe é inerente e que une seus entes independentemente de sexo, mas por uma condição *sine qua non* para sua existência: a presença do afeto que estreita os laços e os faz fortes.

Nos últimos anos houve uma modificação significativa na família, que antes era acentuadamente patriarcal e

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 350.

⁸ BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 4, n. 14, jul/set., 2002, p. 08.

estruturada em torno do patrimônio familiar. O homem era o chefe da família, pesando sobre ele várias responsabilidades e poderes, como a administração dos bens do casal, a fixação do domicílio e a manutenção da família.

A mulher, por outro lado, era dita “do lar”, vivia para os filhos e para cuidar da casa, ficando adstrita aos afazeres domésticos. Ocorre que, com a evolução da sociedade e dos costumes, paulatinamente a mulher foi introduzida no mercado de trabalho e a família sofreu modificações em sua estrutura pois, com a saída da mulher para o mercado de trabalho, as tarefas domésticas precisaram ser divididas com o homem, refletindo também em mudanças no exercício da paternidade.

Com efeito, a mulher deixou de se vincular ao marido por questões econômicas, passando as relações homem-mulher a se constituírem por elos de afeto, carinho e solidariedade mútua.

Assim sendo, quando a Constituição Federal de 1988 igualou homens e mulheres em direitos e obrigações, a família ganhou destaque no aspecto afetividade, desta feita porque não mais era construída sob bases econômicas, mas sedimentada em laços afetivos, como destaca Paulo Luiz Netto Lobo (apud PEREIRA):

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a

secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua⁹.

Com o desenvolvimento da estrutura familiar nos moldes hoje apresentados, já se pode afirmar com convicção, consoante ensinamento de Rodrigo Pereira da Cunha, que “o afeto é um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a qualquer relacionamento conjugal ou parental”¹⁰, posto que deve ser sempre relevado quando a controvérsia se refere às relações familiares.

A sociedade vem-se renovando diariamente e com isso restauram-se os valores. Desse modo, já é possível, atualmente, observar o afeto como valor jurídico, uma vez que muitos tribunais brasileiros, seguindo o pensamento doutrinário e acompanhando a evolução natural da sociedade, procuram aproximar as decisões que internalizam tal princípio.

Consoante recente julgado do magistrado Mário Romano Maggioni, de Capão Canoa, Rio Grande do Sul,

“Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da Lei nº 8069/1990). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança”¹¹.

⁹ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 180.

¹⁰ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 180

¹¹ Trecho da Sentença do Processo nº .1.030.012.032-0, Revista Consultor Jurídico

Verifica-se que o “endeusamento” da perícia médica já se encontra em fase de superação, uma vez que a jurisprudência contemporânea de alguns tribunais já tem se firmado no sentido de relevar a paternidade socioafetiva em prejuízo da paternidade biológica, como pode ser percebido do seguinte julgado:

EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA. - Apesar do resultado negativo do exame de DNA, deve ser mantido o assento de PATERNIDADE no registro de nascimento, tendo em vista o caráter sócio afetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.02.060668-4/001 – Publicação 05/07/2007 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - APELANTE(S): O.B.C. - APELADO(A)(S): C.S.C. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE M.D.S.P.O.C.S.P. - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.¹²

Tem-se, portanto, que se a paternidade biológica demonstra-se insatisfatória na determinação da filiação, a paternidade socioafetiva nasce umbilicalmente ligada à imagem atual de família, ou seja, de família socioafetiva, integrada pelo amor, respeito mútuo, convivência, não podendo os julgadores desconhecer tais aspectos no momento da prolação da decisão. Desta forma é que se

¹² _____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em <<https://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em 22 jan. 2009.

implementará a verdadeira proteção conferida à família e prevista pela Constituição Federal.

Decisões proferidas por tribunais da região Sul e Sudeste do Brasil já proclamam a importância do afeto em decisões que interfiram ou mesmo decidam vidas de crianças e adolescentes, como é o caso de ações de guarda, tutela, negatória de paternidade ou maternidade, bem como ações de reparação de dano moral em face do abandono afetivo do pai, como se exemplifica:

EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. CARACTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO AFETIVA. IMPROCEDÊNCIA. Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação de registro de nascimento. Existência de vínculo afetivo entre as partes. Contexto dos autos demonstra a existência de relação parental, e análise das demais provas é desfavorável à tese do demandante. NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70021847603, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 19/12/2007).

13

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. ANULAÇÃO DO REGISTRO. POSSIBILIDADE. 1- Nas ações de investigação de paternidade, o critério sócio-afetivo deve se sobrepor ao biológico, pois há outros valores a serem preservados, tais como o bem estar emocional da criança.

¹³ _____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em <<https://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 22 jan. 2009.

2- A teor do art. 1.604 do Código Civil, há que se apurar a existência, ou não, de vício de consentimento no ato de perfilhação que se pretende desconstituir.

3 - A irrevogabilidade surge em virtude de se tratar de direito indisponível, desrespeitado este direito também restarão violados, *in thesi*, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, pois os pais, biológicos ou assumidos como tal, não podem dispor ao seu bel prazer do nome e da dignidade da criança.

4 - No que se refere à preservação dos interesses do menor, a declaração da inexistência de paternidade não terá o condão de prejudicá-los, pois poderá buscar a verdade real em ação investigatória de paternidade.

5 - Recurso provido. (20060510093889APC, Relator MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, julgado em 13/02/2008, DJ 08/04/2008 p. 79).¹⁴

Já não se pode ignorar que o afeto é um elemento essencial nas relações que envolvem a família e de importância em particular para a pessoa envolvida, deixando de fazer parte somente da vida pessoal dos envolvidos e passando a ingressar no mundo jurídico como atesta Maria Berenice Dias (2006, p.61): “[...] amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar conseqüências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal”¹⁵.

¹⁴ _____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em <<https://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em 13 jan. 2009.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 61.

Ademais, é uma tendência atual a consideração do afeto como valor jurídico pois sua presença é substancial para que o operador do direito possa decidir uma causa de forma mais equânime, haja vista as mudanças experimentadas pela entidade familiar, atentando para que os costumes inerentes a ela também se modificaram, permitindo-se uma aproximação maior dos relacionamentos com a redução significativa do número de filhos, admitindo-se uma maior amplitude do afeto, estreitando-se as relações familiares e rompendo com a família tradicional, baseada na autoridade paterna.

Acrescente-se a isto as transformações ocorridas na própria família, que antes era essencialmente patriarcal e agora recepciona outras formas, como a constituída pela união estável, concubinato, monoparentais, refletindo-se a importância igualitária de cada indivíduo como membro da família, valorizando-se assim cada integrante com seus interesses e anseios.

A compreensão do afeto como valor jurídico pode ser motivada também em virtude da Constituição Federal ter elegido valores sociais importantes como princípios fundamentais, daí figurando a dignidade da pessoa humana como consequência de toda decisão advinda do Judiciário, que deve viabilizar o alcance desse princípio como forma de proferir decisões mais justas e não meramente formais, positivistas.

Finalmente, não é que o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência imponham o amor, mas já se pautam no sentido de apreciá-lo como valor nas decisões

que envolvam “família”, uma vez que a entidade familiar moderna perdeu características antigas que somente valorizavam o homem.

Na nova versão familiar, que tem como sustentáculo o amor, enquanto amor tiver naquela família, só se admitem como justificação da mesma sentimentos como o afeto, respeito, paz e liberdade do indivíduo na busca da felicidade plena, como muito bem se manifestou Luiz Edson Fachin no conto intitulado “A Filha das Estrelas em busca do artigo perdido”: “[...] não pode mais caber o esquecimento do afeto no ‘leasing’ da ‘coisificação’ e da indiferença; não pode ter mais lugar o ‘upgrade’ plutocrático dos bens e coisas, e sim, deve haver a minimalização do patrimônio e maximização da afetividade”¹⁶.

2.2 Verdade biológica: verdade real de filiação?

Não há como negar a importância do exame de DNA para assegurar com quase 100% (cem por cento) de certeza a imputação ou não de uma paternidade ou maternidade a alguém. Não se pode negar que em virtude da nova feição da família brasileira, com a liberalidade dos relacionamentos, a liberdade de escolha, enfim, com a democratização da família, as mudanças foram inevitáveis, porém, uma situação permanece inalterada; o direito da pessoa de conhecer seu verdadeiro pai, traduzindo-se na realização de um direito fundamental que é o da dignidade da pessoa humana.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 372

Ocorre que, como em todo processo inovador, o exame de DNA surgiu como referencial único em apontar o verdadeiro pai ou mãe biológicos, afinal, a possibilidade de erro era minúscula e ainda podia ser refeito, com o objetivo de se constituir ou desconstituir maternidade ou paternidade.

A Justiça passou a determinar suas sentenças e seus acórdãos com base no referido exame, em face da relevância da prova.

Contudo, muitos estudiosos do Direito, diante das demandas que lhes eram apresentadas, insurgiam-se contra essa “biologização” da Justiça. Era necessário um estudo mais aprofundado, sendo imperativo escrever e debater as idéias, surgindo daí a ideologia do afeto como valor de peso numa decisão, sejam monocráticas ou advindas dos tribunais.

O exame de DNA constitui importante instrumento em se estabelecer a paternidade/maternidade biológicos, porém, não se pode negar a existência da filiação socioafetiva, aquela edificada no dia a dia, em momentos singulares para a vida dos “filhos do amor”. Faz-se imperioso que aqueles que operam com o Direito caminhem mais além na busca da identificação do verdadeiro pai, pois, muitas vezes, o pai biológico não alimenta nenhum vínculo socioafetivo com o filho, foi apenas um procriador que cedeu material genético, às vezes em uma só relação sexual.

No mesmo sentido, não há como negar que a verdade biológica nem sempre corresponde à verdade real da filiação. Assim, é que se faz necessário traçar uma dimensão maior na busca da verdadeira filiação, numa proporção que

alcance aspectos sociais, culturais e afetivos oriundos da filiação efetivamente construída, independentemente dos laços sanguíneos, como bem ressaltou Gerard Cornu (apud, Netto Lôbo):

A verdade biológica não reina absoluta sobre o direito da filiação, porque esta incorpora, necessariamente, um conjunto de outros interesses e valores. Para ele, confundir verdade real da filiação como verdade biológica, é um entendimento ‘reducionista, cego, demagógico e decepcionante’, engendrando ‘um direito biológico, totalitário, além de um pseudo-direito subjetivo ilusório e nefasto’. ”¹⁷.

Não obstante a contribuição da ciência na identificação quase absoluta do pai ou mãe biológicos, atestado através do exame de pareamento genético, a ciência jurídica não pode quedar-se à análise puramente biológica. É necessária a análise do papel social do pai e mãe, verificando aspectos relevantes como a convivência familiar e a afetividade, construídas em razão do convívio, pois afinal, “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar”¹⁸.

Dessa forma, cabe aos operadores do direito repensar o verdadeiro significado da paternidade, observando que nem toda paternidade socioafetiva é resultado da consagüinidade e, assim sendo, aplicar-se-á o direito de forma mais justa, atendendo sobremaneira ao

¹⁷ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 1149

¹⁸ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 141

princípio da dignidade da pessoa humana, que no dizer de Ana Carolina Brochado Teixeira “se constitui no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos fundamentais, significa que o ser humano é um valor em si mesmo, e não o meio para alcançar outros fins”¹⁹.

3. Espécies de filiação socioafetiva

A filiação socioafetiva é aquela que tem como estrutura basilar o afeto, o carinho, independentemente da origem do filho.

Segundo a doutrina pode ser decorrente da adoção judicial e da filiação eudemonista (reconhecimento voluntário ou judicial da maternidade ou paternidade) e ainda da adoção à brasileira.

3.1 Filiação afetiva na adoção

Consoante dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, qualquer pessoa com plena capacidade, independentemente do seu estado civil, pode adotar. Desse modo, na visão de Maria Berenice Dias, “pode adotar aquele que tem condições de oferecer sustento, educação e afeto a uma criança. O seu bem-estar e o seu interesse significam os elos fundamentais da filiação adotiva”²⁰.

¹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 185..

A adoção é um evento jurídico e depende de um ato de vontade dos interessados em promovê-la. Destarte, a adoção é judicial, onde um órgão eleito pela Lei apreciará os elementos trazidos aos autos culminando com a adoção ou não daquele a que se pretende. Este tipo de filiação remonta aos tempos antigos, a respeito disso ponderou Eduardo de Oliveira Leite (apud WELTER):

Este instituto não foi criado recentemente, constando do art. 185 do Código de Hamurabi (1728-1686 a.C), pois a verdade sócio afetiva ‘é tão real como o que une o pai ao seu filho de sangue, e os efeitos que do primeiro emergem são tão reais como os que decorrem do segundo’²¹.

3.2 Filiação sociológica do filho de criação

Verifica-se também a filiação afetiva nos casos em que uma família cria uma criança ou adolescente sem nenhum vínculo biológico, sem registro no cartório, mas o faz por mera liberalidade ou por circunstâncias de necessidades.

Muito comum era este tipo de filiação nas cidades do interior, onde muitas vezes a criança tinha os adultos que o criavam como “pais de criação”, em razão do vínculo afetivo constituídos entre os mesmos. Não obstante à existência de afetividade, de carinho e da relação patrimonial que se estabelecia entre a criança e/ou adolescente e a família que

²¹ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 148.

geralmente o criava como “filho”, uma vez que este vivia sob as expensas daquela, mesmo assim, este tipo de filiação não é reconhecida pelo nosso ordenamento jurídico e não gera efeitos jurídicos (parentesco) e patrimoniais (sucessão). Nesse sentido manifesta-se Belmiro Pedro Welter, citando dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

a) No sistema jurídico brasileiro não existe a adoção de fato, e o filho de criação não pode ser tido como adotado ou equiparado aos fins biológicos para fins legais, tais como o direito à herança (TJRS –AC 96038091 – 8ª C.Cív – Rel. Sérgio Gischkow Pereira – J. 25.04.1996). b) A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina integral de proteção, consagrada na Lei 8.069/1990 (especialmente arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, relevada pela posse do estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação (TJRS –AC 599296654 – 7ª C.Cív – Rel. Luiz Felipe Brasil Santos – DOJ 1.716, em 18.08.1999)²².

Dessa forma, é que se constata a existência da filiação afetiva quando alguém, por opção própria, educa uma criança, acolhendo-a no seu lar, sendo a relação havida entre eles consolidada na afetividade e no amor.

²² WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 149.

3.3 Filiação Eudemonista

Trata-se dos casos em que pessoas comparecem perante um Cartório de Registro Civil e de forma espontânea solicitam registro de uma pessoa como seu filho ou filha, não necessitando de constatação genética, estabelecendo-se aí o estado de filho afetivo, sendo irrelevante se o filho é ou não biológico, instituindo-se a partir do registro direitos atinentes à filiação, como o direito ao nome, à personalidade, ao parentesco, bem como direitos patrimoniais.

A filiação eudemonista perfilha-se nas relações afetivas, identificadas no amor, na solidariedade, na igualdade, na responsabilidade mútua, perdendo espaço de hierarquia e ganhando contornos de democratização. Seguindo esta linha de raciocínio, Maria Berenice Dias afirma:

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional e a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar.²³

Assim sendo, é que constatamos a existência da filiação afetiva quando alguém, por opção própria, educa

²³ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 45.

uma criança, acolhendo-a no seu lar, sendo a relação havida entre eles consolidada na afetividade e no amor.

3.4 Filiação socioafetiva na adoção à brasileira

Questão sensível esta que alude à “adoção à brasileira”, pois nela se verifica que uma pessoa conscientemente faz falsa declaração de maternidade e paternidade de criança concebida de outra mulher, sem observar as regras legais para adoção. Como lembra Rolf Madaleno:

É a posse do estado de filho, exteriorizada pela livre e desejada assunção do papel parental, em uma adoção nascida dos fatos e que se convencionou chamar de ‘verdade sociológica ou de adoção à brasileira’ quando há o prévio registro de filho de outrem por quem não é o seu descendente biológico.²⁴

Na verdade, os declarantes são motivados por sentimentos nobres, com a intenção de fazer com que aquela criança comece a fazer parte daquela família. Embora tal conduta não seja adequada, sendo contrária à legislação, por não atender as condições nela especificadas, a sociedade não rechaça tal conduta, mas a abraça, como ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo:

Nessas hipóteses, ainda que de forma ilegal, atende-se ao mandamento contido no art. 227 da constituição, de

²⁴ MADALENO, Rolf. Paternidade Alimentar. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 8, n. 37, ago./set., 2006, p. 142

ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito ‘à convivência familiar’, com ‘absoluta prioridade’, devendo tal circunstância ser levada em conta pelo aplicador, ante o conflito entre valores normativos (de um lado o atendimento à regra matriz de prioridade da convivência familiar, de outro lado os procedimentos legais para que tal se dê, que não foram atendidos).²⁵

Assim sendo, é que, na adoção à brasileira, os parâmetros de aferição da “verdade” devem se despir dos olhos biológicos, do caráter eminentemente genético e lançar olhos de afetividade e de laços familiares na observação daquele ato registral falso, como acentua João Baptista Villela (apud, NETTO LÔBO): “a verdade e falsidade no registro civil e na biologia têm parâmetros diferentes”²⁶, argumentando que um registro será sempre verdadeiro quando estiver imbricalmente ligado a um fato jurídico que lhe deu origem e será falso quando não houver esse elo” e complementa: “um cidadão que comparece espontaneamente a um cartório e registra, como seu filho, uma vida nova que veio ao mundo, não necessita qualquer comprovação genética para ter sua declaração admitida.” Ressalte-se que em certos casos de adoção à brasileira há a presunção da existência de atitudes eivadas de vícios que e a torna, do ponto de vista jurídico, inapropriada, é o caso, por exemplo, quando a obtenção de uma criança se dá por

²⁵ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Direito ao estado de filiação e Direito à origem genética. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 5, n. 19, ago./set., 2003, p. 140

²⁶ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 140.

meio fraudulento, sem o conhecimento dos pais biológicos, dando a esse tipo de adoção um caráter de ilegalidade, mesmo que haja afetividade familiar.

Ademais, quando se estabelece o estado de filho afetivo, passa-se a exteriorizar uma condição de filho, como explicita Orlando Gomes (apud, WELTER): “ostentar um estado de filho é ‘ter de fato o título correspondente, desfrutar as vantagens a ele ligadas e suportar seus encargos. É passar a ser tratado como filho’”.²⁷

Por fim, não obstante a ausência de regulamentação clara em nosso ordenamento, em relação à filiação sociológica, é possível alcançá-la alicerçando-se em princípios constitucionais como o da proteção à criança (art. 227, CF) e na doutrina da integral proteção à criança, consubstanciada em especial nos arts. 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, conduzindo à relevância da paternidade socioafetiva, revelada pela posse do estado de filho, como se extrai do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul :

APELAÇÃO-ADOÇÃO – Estando a criança no convívio do casal adotante há mais de 9 anos, já tendo com eles desenvolvido vínculos afetivos e sociais, é inconcebível retirá-la daqueles que reconhece como pais, mormente quando os pais biológicos demonstraram por ela total desinteresse. Evidenciado que o vínculo afetivo da criança, a esta altura da vida, encontra-se bem definido na pessoa dos apelados, deve-se prestigiar a paternidade socioafetiva

²⁷ WELTER, Belmiro Pedro. *Op. cit.*, p. 151.

sobre a paternidade biológica, sempre que, no conflito entre ambas, assim apontar o superior interesse da criança. (TJRS –AC 70003110574 – 7ª C.Cív – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos – J. 14.11.2001).²⁸

3.5 Filiação derivada de inseminação artificial heteróloga

O planejamento familiar é livre, inclusive confirmado por ditame constitucional. Acontece que muitas vezes a natureza retira da pessoa a prerrogativa de ter filhos, podendo neste caso optar-se pela adoção ou pela inseminação artificial heteróloga.

Por esta técnica, utiliza-se material genético de outro homem, no caso sêmen, em regra doado por pessoa anônima, com a finalidade de fecundação do óvulo da mulher, verificando-se a inseminação artificial heteróloga, prevista no art. 1597, “V” do Código Civil que diz: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Nesse contexto surgiram os “bancos de sêmen” com o objetivo de conservação no tempo do material genético masculino.

²⁸ _____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em <<https://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 12 jan. 2009.

4. Conceito de estado de filho afetivo

Exibir um estado de filho é ter de fato o título, é desfrutar da exteriorização da condição de filho, é, invertidamente falando, quando uma pessoa assume o papel de filho perante outros que assumem o papel de pais, independentemente do liame biológico.

4.1 Elementos que caracterizam o estado de filho afetivo (posse de estado de filho)

O estado de filho é um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar para alguém sua condição de filho legítimo de uma pessoa ou de um casal que o cria e o educa. Carvalho Santos (apud BOSCARO,) diz que "é um conjunto de fatos que estabelecem por presunção, o reconhecimento da filiação do filho pela família à qual pretende pertencer"²⁹. Incorre no mesmo pensamento Orlando Gomes, quando afirma que ostentar um estado de filho é "ter de fato o título correspondente, desfrutar as vantagens a ele ligadas e suportar seus encargos. É passar a ser tratado como filho"³⁰.

Trata-se na verdade da exteriorização do estado de filho, o qual, na contramão do afeto, tem-se o pai ou os pais. O reconhecimento do estado de filho é de vital importância para o estabelecimento da paternidade, como muito bem

²⁹ BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de filiação*.. São Paulo: RT, 2002, p. 141.

³⁰ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 220-221.

se manifesta Luiz Edson Fachin, “apresentando-se no universo dos fatos, à posse de estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade”³¹

Seguindo o mesmo raciocínio afirma Belmiro Pedro Welter que “no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou da maternidade é estabelecido o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), não importando se biológico ou não”. Deste modo, a noção da posse de estado de filho é aquilatada quando se busca uma vinculação entre a verdade biológica e a socioafetiva, pois, “em matéria de filiação, a decisão judicial deve estar mais próxima da verdade biológica ou sociológica, afastando-se, em decorrência, cada vez mais da verdade meramente formal, ficção jurídica”.³²

Desse modo, é somente com a exaltação legislativa da noção de posse de estado de filho que iremos alcançar a plenitude da igualdade entre as diversas espécies de filiação. Com o objetivo de aclarar os vínculos socioafetivos perante a sociedade, porque o estado de filho é irrenunciável e imprescritível, estabeleceram-se elementos identificadores, tais como o nome, o tratamento e a fama. Assim sendo, apesar do Código Civil Brasileiro silenciar sobre as hipóteses em que se verifica o estado de filho, a doutrina colacionou elementos de salutar importância para identificação dos mesmos. Na mesma direção, posiciona-se Paulo Luiz Netto Lôbo:

³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 157

³² WELTER, Belmiro Pedro. *Op. cit.*, p. 153-155.

As presunções ‘veementes’ são verificadas em cada caso, dispensando-se outras provas da situação de fato. O Código brasileiro não indica, sequer exemplificadamente, as espécies de presunção, ou a duração, o que nos parece a orientação melhor. Por seu turno, o Código Civil francês, art.311-2, na atual redação, apresenta as seguintes espécies não taxativas de presunção de estado de filiação, não sendo necessária a reunião delas:

- a) quando o indivíduo porta o nome de seus pais;
- b) quando os pais o tratam como seu filho, e este, àqueles como seus pais;
- c) quando os pais provêem sua educação e seu sustento;
- d) quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família;
- e) quando a autoridade pública o considere como tal”.³³

Destarte, cabe salientar a importância atribuída a cada elemento, por exemplo: a) o nome, que se dá quando o indivíduo leva o nome daqueles a quem considera seus genitores; b) o tratamento, que equivale ao receber de forma continuada o tratamento de filho, tratando também a estes como pais; c) a fama, é ser reconhecido pelos pais e pela sociedade como filho, é a notoriedade da relação paterno-filial.

Frise-se que o estado de filho afetivo é uma agregação de valor, no caso, o valor afetivo, tão característico e corriqueiro às relações de filiação consubstanciadas no

³³ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 138-139.

amor. Assim, é que nestas relações a fundamentação maior é a construção de laços emocionais, edificados no crescimento social e cultural do indivíduo, como sustenta Belmiro Pedro Welter:

É por isso que se deve ter muito cuidado ao falar em Direito de Família, especialmente quanto à filiação, porque ‘atinge a pessoa nas fímbrias do seu coração e mexe com o que ela tem de mais íntimo e mais precioso em sua vida. É um terreno que devemos sempre percorrer com extraordinário cuidado, como quem estivesse mexendo em cristais, para não criar fraturas’.³⁴

Finalmente pode-se dizer que a posse de estado de filho é uma maneira pela qual se pretendeu abrigar a importância da verdade socioafetiva da filiação, transcendendo os limites ditados pela engenharia genética.

Afigura-se, assim, a possibilidade de o julgador, diante de um caso concreto, compreender a complexidade e ramificações da filiação socioafetiva estabelecida, possibilitando uma decisão judicial que declare a verdadeira filiação socioafetiva, desvinculada de aparências, ficções e presunções, acolhendo verdades além da autoria genética da descendência, pois “pai também é aquele que se revela no cotidiano, de forma sólida e duradoura”³⁵

³⁴ WELTER, Belmiro Pedro. *Op. cit.*, p. 154.

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 168.

4.2 O direito do filho afetivo em investigar a maternidade e/ou paternidade biológica

Embora a Constituição Federal tenha assegurado a igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, quando enuncia no § 6º do artigo 227 que “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, vê-se que não se conseguiu transpor a conflituosa busca da verdadeira paternidade.

Enquanto algumas ciências procuram esclarecer a importância da paternidade através dos liames socioemocionais construídos na busca de apontar a filiação apresentada, as ciências jurídicas ainda perfilham seus caminhos na procura do parentesco, em exames de pareamento genético, olvidando os prejuízos que uma decisão mal interpretada pode acarretar na preservação dos vínculos da filiação.

Muitos de nossos tribunais, quando chamados a decidir sobre a determinação da paternidade, ainda acolhem o critério biológico como determinante para incluir ou excluir uma paternidade, argumentando que deve ser estabelecida a realidade biológica em face do exame de DNA.

Consoante Leila Maria Torraca de Brito aqueles que compartilham essa visão consideram possível a desconstituição do vínculo parental em virtude de o pai registral ter feito falsa declaração, ocorrendo erro evidenciado de forma indubitosa através do exame de DNA.

Há grande controvérsia nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros. Destarte, em ações que versam sobre a desconstituição da paternidade há os que são favoráveis de forma indubitosa ao exame, como Leila Maria Torraca de Brito:

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO – RETIFICAÇÃO.

Ação negativa de paternidade. Prova irrefutável da veracidade da negativa de paternidade. Cancelamento de registro de nascimento. O sistema de registro público adotado no Brasil é regido pelo princípio da veracidade, pelo que todos os assentos efetivados nos cartórios do registro civil das pessoas naturais devem ser fiéis à realidade fática. No caso dos registros de nascimento, os assentos devem retratar a realidade biológica. Prova inquestionável da falsidade do registro de nascimento da menor. Solução jurídica sustentada por diversos precedentes desta Corte de Justiça. Improvimento do recurso. (TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.17670, 17ª C.Cív., Des. Edson Vasconcelos, J. 08.09.2005)

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE FILHO – EXAME DE DNA NEGATIVO – INSCRIÇÃO NO REGISTRO CIVIL – IRRELEVÂNCIA

Ação negativa de paternidade. Exclusão da paternidade. Exame de DNA. Irrelevância do reconhecimento da paternidade. Excluída a paternidade, por via do exame de DNA, não tem qualquer relevo o fato de ter

o suposto pai registrado como seu filho o autor. Impõe-se a concessão da gratuidade de justiça ao réu, em face da afirmação de pobreza feita nos autos. Decisão parcialmente reformada. (TJRJ, apelação Cível nº 2003.001.33357, 4ª C.Cív., Des. Jair Pontes de Almeida, J. 24.08.2004).³⁶

E há os que se manifestam contrário ao exame de DNA, relevando outros fatores consubstanciados no convívio social, no estabelecimento da filiação socioafetiva, como elenca Leila Maria Torraca:

APELAÇÃO CÍVEL – FAMÍLIA – NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Em que pese o exame pericial (DNA) seja conclusivo quanto à exclusão da paternidade, mister ressaltar que os vínculos parentais se definem muito mais pela verdade social do que pela realidade biológica. Para alcançar o pleito anulatório, imperioso a demonstração de vício de consentimento, o que não se verifica na hipótese. Preliminares rejeitadas. Apelação provida em parte. (TJRS, Apelação cível nº 70012438511, Des. Walda Maria Melo Pierrô, J. 15.12.2005)

APELAÇÃO CÍVEL - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ADOÇÃO À BRASILEIRA – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Ainda que o exame de DNA aponte pela exclusão da paternidade do pai registral, fato de resto, confirmado pelo próprio réu/filho, mantêm-se a improcedência da ação negatória de paternidade, se configurada nos autos a

³⁶ BRITO, Leila Maria Torraca de. *Op. cit.*, p. 11

adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva. Precedentes. Apelação desprovida. (TJRS, Apelação cível nº 70014089635, rel José ataíde siqueira Trindade, J. 16.03.2006).³⁷

Tema de tantas polêmicas em que as verdades se alicerçam, devem-se estabelecer critérios de aproximação dos vínculos da parentalidade. Cabe ao aplicador do direito o sopesamento dos fatos que lhe são levados, decidindo sempre em favor do melhor interesse da criança. Assim, é que se deve analisar se houve a consolidação dos elos de estado de filho afetivo, pois esse não pode ser destruído ou fraturado diante de uma prova genética, devendo a decisão observar os laços afetivos construídos, na busca de uma decisão justa.

Quando ausente a filiação afetiva, no dizer de Maria Berenice Dias “torna-se imperioso prestigiar a verdade biológica”³⁸.

Consoante dispõe o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição”. Assim é, que cabe a análise atenta desse direito de investigar sua origem biológica, considerando as consequências advindas deste ato.

Não obstante uma pessoa ter pai e mãe registral, tomando conhecimento de que eles não são seus pais

³⁷ BRITO, Leila Maria Torraca de. *Op. cit.*, p. 13-14

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 320

biológicos, pode, a qualquer tempo, ingressar com ação de paternidade contra seus supostos pais biológicos no intuito de descobrir suas origens.

Saliente-se que o direito do filho ao reconhecimento de quem são seus pais biológicos não implica na preponderância da filiação biológica em face da filiação socioafetiva, mormente porque o direito de investigar a origem genética não implica na desconstituição da paternidade dos pais constantes no registro de nascimento, os socioafetivos.

Ademais, o reconhecimento da origem genética pode também auxiliar casos somente elucidados através da compatibilidade sangüínea, como ocorre com a leucemia e transplante de órgãos.

Ressalte-se que a referida demanda versa sobre o estado da pessoa, que emana do direito à personalidade, não podendo o julgador arvorar-se em desconstituir a paternidade socioafetiva construída entre a pessoa e a família registral, tomando por base apenas o exame de DNA.

É necessário aprofundar mais a questão, devendo prevalecer a decisão que melhor tutele a dignidade da pessoa humana, pois o histórico de vida e condição social da pessoa que foi registrada de forma irregular (adoção à brasileira), não pode ser “apagado”, cedendo diante da prova de pareamento genético. Se dessa maneira agir o aplicador do direito, sob nenhuma forma estará realizando a justiça, pois, quando se analisam casos através de critérios meramente formais, deixa-se de relevar aspectos importantes, como a história de vida pautada por laços de

afetividade, carinho, desvelo e educação.

Ademais, em relação à adoção à brasileira, já toma corpo em nossos tribunais a ideia de que ela é irrevogável, pois não seria concebível que uma criança ou adolescente, que não participou em nenhum momento do ato praticado pelos pais, que de livre e espontânea vontade a registraram como filho(a), venha a ser prejudicada social e emocionalmente, geralmente por fatores de cunho patrimonial.

Cabe ao operador do direito não se deixar manipular por pretensões descabidas que lhe são apresentadas. Cito o caso de pai que registra como seu o filho de sua companheira. Durante a união estabelecida entre o casal, a criança desenvolve-se e tem aquele homem como seu pai, sendo todos conhecedores de tal fato, verificando-se entre os mesmos relação de afeto, carinho e atenção. Com o passar dos anos, a união do casal se desfaz e o companheiro, com o intuito de não pagar pensão alimentícia ao filho, ingressa com ação negatória de paternidade, cumulada com anulação de registro.

Ocorre que, muitas vezes, a própria mãe, consciente de que o filho registrado pelo companheiro não é filho biológico do mesmo, concorda com o pedido de exclusão do autor da paternidade que lhe é atribuída, acatando o magistrado muitas vezes o “acordo” celebrado.

E como fica a criança ou adolescente no meio disso tudo? A criança não solicitou que lhe registrassem como filho, mas teve durante muito tempo uma pessoa a que chamava de “pai”, que lhe desvelava amor, carinho e participava de

momentos importantes da sua vida. De repente, por uma decisão judicial, acorda e vê que não é mais filho do fulano, constando na sua certidão de nascimento as estrelinhas, citadas no conto de Luiz Edson Fachin, em “A filha das estrelas em busca do artigo perdido”.³⁹

No mesmo sentido, excluem-se os nomes dos avós paternos, o parentesco com a família paterna, enfim, a maior prejudicada é a criança.

Deste modo, se foi o próprio pai registral que compareceu ao cartório e procedeu ao registro do filho, não pode anulá-lo com o objetivo de beneficiar-se em detrimento daquele que não participou do ato, sendo agora ameaçado de perder sua identidade, sua família, seu sobrenome, sua parentalidade, além de todo prejuízo moral e psicológico.

Ora, não pode a Justiça albergar esse tipo de conduta, porque o reconhecimento espontâneo da paternidade (adoção simulada ou à brasileira), uma vez aperfeiçoado, torna-se irretratável, podendo a invalidação se dar em virtude apenas de dolo, erro, coação, simulação ou fraude. Torna-se imprescindível a análise de direitos essenciais como o da dignidade da pessoa humana, direito ao nome, a uma família, considerando-se sempre o melhor interesse da criança.

Alguns tribunais têm-se manifestado no sentido de ser irretratável o reconhecimento espontâneo da paternidade, como cita Rolf Madaleno:

I – Paternidade. 1. Reconhecimento. Quem, sabendo não ser o pai biológico, registra, como seu, filho de

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 369-373

companheira durante a vigência de união estável, estabelece uma filiação socioafetiva que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável. Ação negatória de paternidade e ação anulatória do registro do nascimento. O pai registral não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição. Embargos rejeitados, por maioria.

Ação de anulação de reconhecimento de filho extramatrimonial. Prevalência da paternidade socioafetiva. Não ofende a verdade o registro de nascimento que espelha a paternidade socioafetiva, mesmo que não corresponda a paternidade biológica. Acolheram os embargos.

Negatória de paternidade. Exclusão da paternidade. Exame de DNA. Irrelevância do reconhecimento da paternidade. Excluída a paternidade, por via do exame de DNA, não tem qualquer relevo o fato de ter o suposto pai registrado como seu filho o autor. Impõe-se a concessão da gratuidade de justiça ao réu, em face da afirmação de pobreza feita nos autos. Decisão parcialmente reformada. (TJRJ, apelação Cível nº 2003.001.33357, 4ª C.Cív., Des. Jair Pontes de Almeida, J. 24.08.2004).⁴⁰

Diante do exposto, verifica-se imperioso que o direito brasileiro acolha o princípio do atendimento do melhor interesse da criança, uma vez que na Carta Magna inexistente qualquer dispositivo que enalteça a filiação de origem genética em prejuízo da filiação socioafetiva.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 369-373

5. Conclusão

Durante muito tempo a família manteve-se através dos laços do patriarcalismo e do patrimonialismo, considerada a família tradicional, na qual as uniões nem sempre se constituíam pelo amor e pelo afeto, mas por conveniência, por motivos patrimoniais ou políticos e institucionalizados sob o manto do casamento. Neste contexto, a família era constituída de pai, mãe e filhos, sob a chefia do pai. A entidade familiar assim concebida asfixiava a ideologia do afeto que, mergulhada no caráter patrimonial, mascarava suas dores e quedava-se inerte em aceitar as transformações já vistas àquela época, como os filhos “ilegítimos”, as “amantes” e as “concubinas” que faziam parte de muitas realidades, embora de forma hipócrita e à margem da sociedade patriarcal que desejava manter seus interesses, sufocando, fraturando e até substituindo as ligações de afeto.

Com a evolução social, foi preciso descortinar o manto da hipocrisia que encobria a família, superando o patriarcalismo com a aceitação de que para haver família não é necessário ter pai, mãe e filhos, afinal existem famílias formadas somente por um pai ou mãe e filhos (monoparental), havendo também aquelas formadas somente por irmãos (anaparental), mas conjugando afeto, amor e solidariedade na convivência e sobrevivência diárias.

O advento de novas relações familiares, baseadas simplesmente no afeto entre seus entes, não levando em consideração o elo biológico, fez surgir reflexões quanto ao

modelo tradicional da família natural. Desta forma, a Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico ao igualar os filhos havidos ou não do casamento, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Destarte, muita controvérsia existiu e continua existindo quando se trata de sopesar as duas filiações, a uma, porque o exame de DNA atesta de forma quase que absoluta a inclusão ou exclusão de pessoa como pai ou mãe biológicos; a duas, porque se existe a filiação socioafetiva, em que sua essência é constituída na afetividade, na convivência diária e nos laços de amor, por que considerar somente o aspecto genético na solução de uma demanda?

A doutrina e a jurisprudência muito avançaram no sentido de demonstrar que a Carta Magna já continha em sua essência diretrizes para a valorização de tão importante elo que vinculava as famílias, no caso, o afeto. Assim, a CF de 1988 pontificou como direito fundamental a dignidade da pessoa humana, a qual reflete valores como o direito ao nome, à personalidade, à família, não sendo mais possível que a Justiça permanecesse com o pensamento de que nada era mais substancial, mais verdadeiro que um exame de DNA. A evolução social está mostrando o contrário, pois nada é mais verdadeiro que relações nascidas, vivenciadas e legitimadas no amor, no afeto, no respeito mútuo e na solidariedade, pois seus laços são bem mais fortes e profundos que uma prova genética.

Portanto, não se quer de maneira alguma desmerecer a importância do exame de pareamento genético na busca de identificar o pai ou mãe biológicos, mas há que se

acautelar nas situações em que a essa consagüinidade materna ou paterna não se correlaciona com a função primordial do verdadeiro pai, o pai do amor.

Diante disso, se é verdade que o avanço científico tornou seguro, prático e convincente a determinação paternal também o é que as relações sociais, simultaneamente, desenvolveram-se para demandar uma lógica mais cuidadosa para a solução dos conflitos de gênese parental.

Disso resulta a relativização da filiação biológica em face da filiação socioafetiva, na busca incessante de valores alçados na dignidade da pessoa humana, que é forma suprema de valorização do indivíduo, pois enquanto houver dignidade, haverá chance de redimensionamento da pessoa humana.

Por fim o desenvolvimento da pesquisa permitiu concluir que a evolução das formas de família e de filiação, a partir das quais se evidencia mais destacadamente o caráter de identidade socioafetiva, alterou a consideração do critério biológico como único, até então reinante na definição da paternidade e maternidade.

6. Referências

Afeto, ética, família e o Novo Código Civil : Belo Horizonte: DelRey, 2004

BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 4, n. 14, jul/set., 2002.

BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique. **Família e**

Jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de Filiação.** São Paulo: RT, 2002.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 8, n. 36, jun./jul., 2006.

CAHALI, Yussef Said (Org). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05.10.1988. **Código Civil – Código de Processo Civil - Constituição Federal.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

CHAVES, Adalgiza Wiedemann. Parentalidade. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 7, n. 31, ago./set., 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. Lei nº 8.069 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União,** Brasília, DF, 26 set. 1996. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 07 out. 2006.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MADALENO, Rolf. Paternidade Alimentar. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 8, n. 37, ago./set., 2006.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da Paternidade Socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun./jul., 2004.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 5, n. 19, ago./set., 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família**: Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em <<https://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em 02 fev. 2008.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em <<https://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2008.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em <<https://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 17 jan. 2008.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: RT, 2003.